Das Wesen der Vormerkung

nach dem neuen Reichsrecht.

Inauguraldissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der hohen Juristenfakultät der Universität Tübingen

vorgelegt

von

Gregor Sekler,
Justizreferendär.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

München 1902
C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
Oskar Beck.

Genehmigt durch Beschluss der Fakultät vom 17. Dezember 1901.

C. H. Beck'sche Buchdruckerei in Nördlingen.

Litteraturverzeichnis.

Achilles, Alexander, Die Preussischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, 4. Aufl., bearb. von Otto Strecker, Berlin 1894.

Achilles, Alexander, und Strecker, Otto, Ergänzungsbände zu Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch — Die Grundbuchordnung, Berlin 1901.

Biermann, Johannes, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen — Sachenrecht, Berlin 1898.

Biermann, Johannes, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, Jena 1901.

Böhm, J., Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Hannover 1898.

Cosack, Konrad, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. u. 2. A., 1900.

Dernburg, Heinrich, Lehrbuch des preussischen Privatrechts I—III, 5. Aufl., Halle 1894.

Dernburg, Heinrich, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens — Sachenrecht, Halle 1898.

Endemann, Friedrich, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs — Sachenrecht, Berlin 1898.

Engelmann, A., Das Bürgerliche Recht, 2. Aufl., Berlin 1900.

Enneccerus, L., Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1889.

Enneccerus, L., und Lehmann, H. O., Das Bürgerliche Recht, 1. Bd.: Einleitung, Allg. Teil, Schuldverhältnisse von L. Enneccerus, 2. Bd.: Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht von H. O. Lehmann.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 7. Aufl., Berlin 1896.

Fuchs, Eugen, Das Grundbuchrecht, Berlin 1900.

Gierke, Otto, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, Jena 1897.

Hellwig, Konrad, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.

Jäger, Ernst, Die Konkursordnung, Berlin 1900.

Kober, Karl, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Staudinger) — Sachenrecht, München 1898.

Männer, Karl, Das Recht der Grundstücke nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 1899.

Oberneck, Heinrich, Das Reichsgrundbuchrecht, 2. Aufl., Berlin 1900.

Planck, Gustav, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch — Sachenrecht, Berlin 1900.

Predari, C., Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen — die Grundbuchordnung, 1. Teil, Berlin 1900.

Scherer, Max, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erlangen 1899.

Schilde, Kurt, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach neuem deutschem Reichsrecht, 1899.

Turnau, W., und Förster, K., Das Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Paderborn 1900.

Wolff, Th., Die Konkursordnung, Berlin 1900.

Die Konstruktion der Vormerkung.

Der erste Entwurf des BGB. kannte die Vormerkung obligatorischer Ansprüche nicht; erst bei der zweiten Lesung wurde diese Art vorläufiger Einschreibungen eingeführt. Weil die Vormerkung obligatorischer Ansprüche erst bei der zweiten Lesung zur Annahme gelangte, macht es Schwierigkeiten, dieses Rechtsinstitut in das System des BGB., das auf dem ersten Entwurf beruht, einzuordnen. Aus dieser nachträglichen Einschiebung erklärt sich auch die lückenhafte Regelung des Rechtsinstituts, die so mannigfache Schwierigkeiten bereitet. So ist vor allem die Kardinalfrage nach der rechtlichen Natur der Vormerkung strittig.

Weil das Gesetz die Vormerkung nicht definiert, muss man ihre rechtliche Natur aus denjenigen Wirkungen zu erschliessen suchen, welche das Gesetz expressis verbis regelt. Nun zeigt aber das Gesetz in der Regelung dieser Wirkungen soviele Lücken, dass man gezwungen ist, diese Lücken selbst wieder durch Schlüsse zu decken, die ihrerseits aus der rechtlichen Natur der Vormerkung gezogen werden müssen. Daher ist Gefahr, dass man in einen circulus vitiosus gerät, indem man aus den wenigen positiven Vorschriften die Vormerkung konstruiert und wenn man ihre rechtliche Natur gefunden zu haben glaubt, Schlüsse zieht, die man ihrerseits wieder mit der rechtlichen Natur der Vormerkung begründet. Und doch kann man um diese konstruktive Frage nicht herumkommen. Denn bei der Lückenhaftigkeit der positiven Normen ist man auf Analogie angewiesen. Die Analogie muss aber bei der rechtlichen Natur der Vormerkung einsetzen.

I. Es gibt Schriftsteller, welche sich begnügen, die einzelnen Wirkungen der Vormerkung, soweit sie durch positive Vorschriften geregelt sind, aufzuzählen, ohne auf die Streitfrage einzugehen.[1]) Im übrigen sind alle Schriftsteller einig[2]) in dem Punkte, dass der Vormerkung dingliche Wirkung zukomme. Eine grosse Zahl von diesen spricht sich aber über die Frage nicht aus, wie des näheren diese dingliche Wirkung zu denken und zu begründen sei. Einige Schriftsteller betonen, dass die Vormerkung weder selbst zu einem dinglichen Rechte werde, noch auch den gesicherten Anspruch in ein dingliches Recht verwandle. Biermann[3]) betrachtet die Vormerkung als ein positives Gebilde eigener Art, das weder unter einen höheren Begriff gebracht noch durch Analogien erklärt werden könne, als einen Grundbuchvermerk, der die Verwirklichung gewisser Ansprüche in dinglicher Weise sichere.

1. Planck[4]) sieht in der Vormerkung „ein formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur", das dem Veräusserungsverbot ähnlich sei. Auf demselben Standpunkt stehen einige andere Schriftsteller.[5]) Weil aber das Veräusserungsverbot im Konkurse seine Wirksamkeit verliert (KO. § 13), während die Vormerkung wirksam bleibt (KO. § 24), wird die Vormerkung zu einem „qualifizierten Veräusserungsverbot" gemacht.[6])

---

[1]) So Männer § 18 S. 114.

[2]) So Kober ad § 883 Bem. III S. 41. Biermann, Comm. ad § 883 Bem. 2 S. 35. Scherer ad §§ 883—888 Bem. 107 S. 57. Strecker § 18 Z. II S. 114. Endemann § 65 N. 7, 8, 17, 19, 24 S. 249 ff. Engelmann S. 496. Dernburg, B. R. III § 50 Z. 4 S. 150. Achilles, GBO. Einleitung S. 134, 136.

[3]) Widerspruch u. Vorm. § 19 Z. IV S. 184.

[4]) ad § 883 Bem. 2 S. 95.

[5]) So auch Kober ad § 883 Bem. III S. 41. Endemann § 65 S. 252 Nr. 17. Achilles, GBO. Einl. S. 134.

[6]) So Protok. III S. 112. Turnau-Förster I ad § 883 Bem. II 4 d S. 157. — Wolff ad § 13 KO. Bem. 1 S. 79 lehrt dagegen: insoweit als das Veräusserungsverbot einen Anspruch im Sinne des § 883 I sichern soll, ist es auch der Konkursmasse gegenüber wirksam. „Denn ein solches Recht ist durch Eintragung einer Vormerkung zu sichern §§ 883, 885 BGB., das Veräusserungsverbot enthält ein über die Vormerkung hinausgehendes Recht, die Vormerkung ist daher — § 888 Abs. 2 BGB. — in dem Veräusserungsverbot enthalten. Soweit das Verbot über das Vor-

Soweit also Vormerkung und Veräusserungsverbot sich unterscheiden, soll die Vormerkung ein Veräusserungsverbot sui generis sein. Man sieht, in welche Verlegenheit man mit dieser Analogie kommt. Überdies ist aber der Konkurs nicht der einzige Punkt, in welchem sich Veräusserungsverbot und Vormerkung unterscheiden. Veräusserungsverbote können nicht bloss obligatorische Ansprüche, sondern auch dingliche Rechte sichern und von den obligatorischen Ansprüchen auch nicht bloss solche, welche unter § 883 I fallen. Ansprüche, die in § 883 I genannt sind, können nebeneinander durch Veräusserungsverbot und Vormerkung gesichert werden. Beide haben ihre besondere Bedeutung. Veräusserungsverbote können nur auf Grund einstweiliger Verfügungen eingetragen werden, nicht auch wie die Vormerkungen auf Bewilligung des passiven Teils. Auch gelten für die einstweiligen Verfügungen, durch welche ein Veräusserungsverbot oder eine Vormerkung angeordnet wird, verschiedene Grundsätze. Bei der Vormerkung braucht eine Gefährdung nicht glaubhaft gemacht zu werden § 885 I 2; das Amtsgericht der belegenen Sache ist auch zuständig in nicht dringlichen Fällen; es kann ohne mündliche Verhandlung auch in nicht dringlichen Fällen entscheiden; auch wird die Frist zur Einleitung des Rechtfertigungsverfahrens nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag bestimmt, §§ 937 und 942 CPO. Alles das gilt nicht für eine einstweilige Verfügung, durch welche ein Veräusserungsverbot erlassen wird.

Für die Wirkung einer Vormerkung ist es gleichgültig, ob sie auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder der Bewilligung eingetragen wird. Ein Veräusserungsverbot dagegen, das durch Vertrag oder letztwillige Verfügung begründet wird, hat nur obligatorische nicht dingliche Wirkung. Auch wenn es einen Anspruch im Sinne des § 883 I schützen soll, kann es nicht ins Grundbuch eingetragen werden und

---

merkungsrecht hinausgeht, ist es nach § 13 den Konkursgläubigern gegenüber nicht wirksam; soweit es aber das Recht der Vormerkung enthält, ist seine Wirksamkeit durch den § 24 KO. gewährleistet."

auch nicht gleich einer Vormerkung wirken.[1]) Das Veräusserungsverbot schneidet die Einrede der beschränkten Haftung nicht ab, wohl aber die Vormerkung, § 884. Der Rang des gesicherten Rechts bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung, aber nicht nach der des Veräusserungsverbots, § 883 III. Auf die Vormerkung finden endlich die §§ 886 und 887 Anwendung, dagegen nicht auf Veräusserungsverbote. Während im Konkurse die Wirkungen des Veräusserungsverbots schwächer sind als die der Vormerkung, sind sie im Zwangsvollstreckungsverfahren stärker: verarrestierte Gegenstände sollen nicht gepfändet werden; wird trotzdem die Zwangsvollstreckung betrieben, so kann die gesicherte Person durch Erhebung der Widerspruchsklage ihre Sistierung erzwingen, CPO. § 771 f. Vorgemerkte Ansprüche dagegen stehen der Zwangsvollstreckung nicht entgegen; nur werden sie bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt, ZVG. § 48. Auf Ansprüche, die durch Veräusserungsverbot gesichert sind, finden die §§ 1971, 1990 II, 2016 II, KO. §§ 193, 221 II keine Anwendung.

Vormerkungen werden erst wirksam durch Eintragung; dagegen sind Veräusserungsverbote auch schon vor der Eintragung wirksam.

Da es also mehr Punkte gibt, welche die Vormerkung von den Veräusserungsverboten trennen, als solche, welche sie mit denselben verbinden, ist es auch nicht förderlich, sie durch eine derartige Analogie erklären zu wollen.

2. Nach Oberneck[2]) wird durch die Vormerkung eines Anspruchs aus der obligatio, die sich von Haus aus gegen eine bestimmte Person, d. h. eben den Schuldner richtet, kraft Gesetzes eine obligatio mit einem unbestimmten Gegner, indem dieselbe gegen jeden geht, der nach Grundbuchrecht in der Lage ist, sie zu erfüllen: der vorgemerkte Anspruch wird also zu einer obligatio in rem scripta.

---

[1]) A. M. Wolff ad KO. § 13 Bem. 4a S. 80.
[2]) § 48 Z. 4 S. 254.

Während bei den gewöhnlichen Schuldverhältnissen schon der Begründungsakt eine bestimmte Person bezeichnet, welche die Verpflichtung zu erfüllen hat, gibt es im gemeinen Recht persönliche Klagen, bei denen wechselnde Umstände, z. B. der Besitz, den Gegner bestimmen. Der klassische Fall ist die actio quod metus causa. Mit dieser Klage kann in erster Linie derjenige belangt werden, der die Erpressung verübt, in zweiter Linie auch, wer auf mittelbare Weise infolge des geübten Zwangs etwas erlangt hat, also wer die erpresste Sache von dem Thäter erworben hat. Für die obligatio in rem scripta ist wesentlich, dass der Anspruch, der gegen den Schuldner entstanden ist, an den Dritten geltend gemacht werden kann.

Oberneck lehrt, dass an sich der vorgemerkte Anspruch gegen den ursprünglichen Schuldner durchzusetzen sei; soweit aber der Schuldner nicht mehr in der Lage sei, den Anspruch zu erfüllen, brauche er auch nicht zugezogen zu werden; ohne weiteres könne der Anspruch gegen den Dritten geltend gemacht werden, dass er in die Umschreibung einwillige. Wer die Vormerkung als obligatio in rem scripta bezeichnet, muss diese Konsequenz ziehen, wenn er nicht mit dieser Bezeichnung ein leeres Spiel treiben will. Aber eben diese Konsequenz, die von Obernecks Standpunkt aus notwendig ist, verträgt sich nicht mit den positiven Normen des BGB.

Durch die §§ 883 II und 888 I ist nämlich ausser Zweifel gestellt, dass der ursprüngliche Schuldner zu erfüllen hat, auch wenn er nach dem Grundbuchrecht zu den entsprechenden Verfügungen nicht legitimiert ist; der Dritte hat nur soweit mitzuwirken, als nötig ist, um diese grundbuchrechtlichen Hindernisse zu beseitigen.

Obwohl Oberneck (§ 48 Z. 4 S. 254) den folgerichtigen Standpunkt zu vertreten scheint, billigt er doch (§ 48 Z. 5 d S. 256) die Behauptung der Protokolle,[1]) dass der Anspruch

[1]) III S. 744.

gegen niemand anders geltend gemacht werden dürfe als den ursprünglichen Schuldner und, wenn dieser infolge kollidierender Verfügungen nach grundbuchrechtlichen Vorschriften ausser stand sei, die vorgemerkte Rechtsänderung zu bewirken, sowohl die Erklärung des ursprünglichen Schuldners als die Zustimmung des Dritten erforderlich sei.

Oberneck scheint daher die Vormerkung für eine obligatio in rem scripta nur insofern zu halten, als sich aus dem Hauptanspruch, der nach wie vor gegen den Schuldner gerichtet bleibt, der Anspruch des § 888 I ablösen soll, sobald eine kollidierende Verfügung getroffen wird. Oberneck wertet also den althergebrachten Begriff obligatio in rem scripta um. Über die rechtliche Natur des Anspruchs, der in § 888 I gegen den Dritten gewährt ist, mag man streiten. Jedenfalls wird aber Oberneck nicht dem Texte des BGB. gerecht. Denn weshalb schreibt das BGB. vor, dass vormerkungswidrige Verfügungen unwirksam sein sollen, wenn es die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs in der Art sichert, dass es gegen den dritten Erwerber einen obligatorischen Anspruch gewährt?

Müsste man nicht vom Standpunkte Obernecks aus statt der §§ 883 II und 888 I die Vorschrift erwarten: „Soweit eine Verfügung, die nach Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, den vorgemerkten Anspruch vereitelt oder beeinträchtigt, kann der vorgemerkte Gläubiger von dem Dritten die Zustimmung zu der erforderlichen Eintragung oder Löschung verlangen"?

Auf keinen Fall aber reicht die Theorie Obernecks aus, um die übrigen Wirkungen der Vormerkung, § 884 und KO. § 24, auf ein einheitliches Prinzip zurückzuführen. Oberneck macht auch nicht den Versuch, dieselben von seinem Standpunkt aus zu erklären. Er meint:[1]) es handle sich um positive Vorschriften, die mit dem Wesen der Vormerkung nichts zu thun haben; auch habe die konstruktive Frage für die

[1]) § 48 Z. 4 S. 254.

Praxis keine Bedeutung, da die einzelnen praktischen Fragen im Gesetze entschieden seien.

3. Andere Schriftsteller fassen die Vormerkung als ius ad rem auf. Diesen Standpunkt vertreten Gierke[1]) und Lehmann;[2]) Biermann verteidigt ihn in seinem Kommentar,[3]) gibt ihn aber in seiner späteren Abhandlung[4]) wieder auf.

Nach dem Preussischen Landrecht hat der Gläubiger, der eine bestimmte Sache zu fordern hat, ein Recht zur Sache, so dass Dritte, welche die Sache in Kenntnis dieses Forderungsrechts erwerben, durch dasselbe verbunden werden.[5]) Wer in der Vormerkung ein ius ad rem erblickt, muss annehmen, dass durch die Eintragung einer Vormerkung die Existenz des gesicherten Anspruchs auf den betroffenen Gegenstand zu grundbuchmässiger Kenntnis des Erwerbers gebracht sei. Auch muss man den Grundsatz des Preussischen Landrechts nach zwei Richtungen erweitern: denn vorgemerkt werden dürfen nicht bloss Ansprüche, kraft deren eine Sache gefordert werden kann, also Ansprüche auf Übertragung des Eigentums oder Bestellung eines Niessbrauchs, sondern alle diejenigen Ansprüche, die auf eine Rechtsänderung abzielen; auch wirkt die Vormerkung nicht bloss gegen denjenigen, welcher die betroffene Sache erworben hat, sondern gegen alle Verfügungen, die den vorgemerkten Anspruch verkümmern. Im Preussischen Landrecht ist strittig, ob die Klage gegen den Dritten persönlicher oder dinglicher Natur ist. Nach der überwiegenden Meinung ist es eine persönliche Klage.[6]) Als Hauptgrund für den persönlichen Charakter der Klage führt man an, dass das ius ad rem im Konkurs ein Vorzugsrecht vor andern

---

[1]) S. 21 N. 50.

[2]) Bd II § 3 S. 14. Anklänge finden sich auch bei Dernburg B. R. III § 49 Z. III S. 149, § 62 Z. 3 S. 186 und Endemann Bd. II § 65 S. 250 N. 8.

[3]) ad §§ 883 und 884 Bem. 2 S. 35.

[4]) Widerspruch und Vorm. S. 176.

[5]) So Dernburg, Pr. PR. I. Bd. § 184 S. 419.

[6]) So Dernburg, Pr. PR. I § 184 S. 420; Förster-Eccius, Pr. PR. III § 156 S. 5 ff.

persönlichen Gläubigern nicht gibt. Nach dem neuen Reichsrecht hat nun die Vormerkung gerade die Wirkung, dass sie den gesicherten Anspruch aus der Reihe simpler Konkursforderungen heraushebt, KO. § 24. Die Behandlung im Konkurse also, die nach preussischem Recht gegen die dingliche Natur des Rechtsmittels spricht, lässt sich nach dem neuen Recht für dieselbe ins Feld führen. Und während nach Preussischem Rechte die Erben des Schuldners die Beschränkung ihrer Haftung gegen den Gläubiger geltend machen konnten, ist ihnen durch das BGB. diese Einrede gegenüber einem vorgemerkten Anspruche entzogen. Das wäre ein weiterer Grund, nach dem neuen Reichsrecht das ius ad rem, das in der Vormerkung erblickt werden will, als dingliches Recht zu konstruieren. So lehrt in der That Scherer,[1]) dass die Vormerkung „ein dingliches Recht auf die Sache" sei.

Das ius ad rem hat die Eigentümlichkeit, dass der Anspruch, der gegen den Schuldner gerichtet ist, auch gegen den dritten Erwerber geltend gemacht werden kann. Das ist aber bei der Vormerkung nicht der Fall. Denn der Anspruch des § 888 I, der gegen den Dritten geht, ist etwas anderes als der Hauptanspruch. Man müsste also auch noch nach dieser Richtung den aus dem Preussischen Landrecht entlehnten Begriff für das BGB. umwerten, so dass zu guterletzt von dem landrechtlichen Institut nichts mehr übrig bliebe als die Bezeichnung. Überhaupt widerspricht es dem Sinne und Geiste des Bürgerlichen Gesetzbuchs, einen durch Vormerkung gesicherten Anspruch als dingliches Recht auf die Sache zu konstruieren. Denn wer die Paragraphen, die von der Vormerkung handeln, ohne Voreingenommenheit liest, gewinnt den Eindruck, dass die Vormerkung ein accessorium ist, das zu dem Anspruch hinzutritt und von ihm gelöst werden kann, ohne dass der Anspruch in seinem Wesen verändert wird. Wenn der Anspruch sich durch die Vormerkung in ein dingliches Recht verwandeln würde, wäre

[1]) ad §§ 883—888 Bem. 107 S. 57.

§ 887 nicht verständlich. Denn nach dieser Vorschrift wird das accessorium, nicht der Anspruch selber präkludiert. Man müsste § 887 so erklären, dass der obligatorische Anspruch, der durch die Vormerkung zu einem dinglichen Rechte umgestaltet worden ist, durch das Urteil wieder zu einem persönlichen Rechte herabgedrückt werde. Eine solche Erklärung thut aber dem Wortlaute des § 887 Gewalt an.

4. Weil die Vormerkung nach dem BGB. als ein accessorisches Rechtsinstitut erscheint, kann man sie auch nicht so erklären, dass man durch die Eintragung der Vormerkung den gesicherten Anspruch zu einem absoluten werden lässt. Diese Klippe sucht Enneccerus[1]) zu umgehen, indem er die Vormerkung als eine „Erwerbsberechtigung" konstruiert, die in accessorischer Weise als absolutes Recht zu dem Anspruch hinzutritt. Allein indem Enneccerus selbst seine Theorie nur auf diejenigen Fälle anwendet, wo es sich um einen Erwerb handelt, gibt er zu, dass sie auf die übrigen Fälle nicht passt. Da aber die Vormerkung auf ein einheitliches Prinzip zurückgeführt werden muss, kann diese Erklärung auch nicht genügen.[2])

5. Im bisherigen Rechte nahm die gemeine Meinung an, dass die Rechtsänderung, um deren Schutz es sich handelt, bedingterweise durch die Vormerkung herbeigeführt werde.[3]) Diesen Standpunkt vertritt Fuchs[4]) auch für das neue Recht. Dieser Schriftsteller, der zugibt, dass die Terminologie des Gesetzes gegen seine Theorie spricht, lehrt: ist die Bestellung einer Reallast oder einer Hypothek vorgemerkt, so stellt die Vormerkung eine bedingte Reallast, eine bedingte Hypothek dar; in einer Vormerkung, welche die Beseitigung einer Belastung sichert, liegt eine bedingte

---

[1]) B. R. I § 147 Z. I 3 S. 371 und § 104 Z. I 2 d S. 260 N. 3, sowie „Rechtsgeschäft u. s. w." S. 614 ff.

[2]) siehe Biermann S. 180 f.

[3]) So Achilles ad § 8 EEG. Bem. 5 S. 62 und ad § 22 Bem. 2c S. 156.

[4]) ad § 883 Bem. 8 S. 113, ebenso auch Böhm ad § 883 Bem. III A S. 44. Gegen Fuchs Biermann S. 167—176.

Befreiung des Grundstücks; eine Sonderstellung unter den Vormerkungen, die auf Einräumung eines Rechts gerichtet sind, nimmt die Eigentumsvormerkung ein: sie soll nicht bedingtes Eigentum, sondern eine bedingte Belastung eigener Art sein.

Die Vormerkung einer Rang- und Inhaltsänderung erwähnt Fuchs nicht; es dürfte auch schwer fallen, sie von seinem Standpunkt aus zu erklären. Auch verschweigt Fuchs, was man sich unter der bedingten Befreiung eines Grundstücks zu denken hat. Soll man sich die Belastung als unter eine resolutive Bedingung gestellt denken? Indem Fuchs die Eigentumsvormerkung nicht als bedingtes Eigentum konstruiert, bringt er einen Zwiespalt in die Vormerkungslehre, die doch von einem einheitlichen Prinzip aus entwickelt werden soll. Ein Teil der Vormerkung kann doch nicht wesensgleich mit der definitiven Rechtsänderung sein, während der andere von ihr grundverschieden ist.[1]) Dieser Zwiespalt kann auch nicht beseitigt werden, indem man die Eigentumsvormerkung als bedingtes Eigentum konstruiert. Denn nach BGB. kann durch rechtsgeschäftliche Verfügung, als was die Vormerkung von diesem Standpunkt aus jedenfalls betrachtet werden müsste, bedingtes Eigentum an Liegenschaften nicht begründet werden. arg. § 925 II.[2])

Die Bedingung, von deren Eintritt die Rechtsänderung abhängen soll, sieht Fuchs[3]) in der Liquidestellung des Anspruchs, die durch Anerkenntnis oder rechtskräftiges Urteil erfolgen könne. Da aber die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs auch nach der Liquidestellung unterbleiben kann, so muss die Bedingung in nichts anderem als in der definitiven Eintragung gesehen werden. Das ist aber für den Eintritt der Rechtsänderung eine condicio iuris.[4])

II. Den Einwendungen, die nach den bisherigen Er-

---

[1]) siehe Biermann S. 168.
[2]) A. M. in diesem punctum saliens Biermann S. 169.
[3]) ad § 883 Bem. 14 S. 119.
[4]) So Biermann S. 175 f.

örterungen vorgebracht wurden, kann die Spitze abgebrochen werden, indem die Vormerkung als eigenartiges dingliches Recht konstruiert, welches die Befriedigung des gesicherten Anspruchs aus dem belasteten Gegenstand gewährleistet.[1])

1. Zuzugeben ist, dass die Materialien diesen Standpunkt mit der grössten Entschiedenheit missbilligen.[2]) Mehrere Anträge, die bei der zweiten Lesung gestellt wurden[3]) zu dem Zwecke, die Vormerkung zu einem selbständigen Rechte auszugestalten, wurden abgelehnt. Auch ist nicht zu verkennen, dass die Systematik des Gesetzbuchs gegen diese Meinung spricht. Die Vormerkung ist nämlich nicht wie die übrigen dinglichen Rechte in einem besonderen Titel behandelt. Doch darf auf der anderen Seite auch nicht übersehen werden, dass es einen guten Sinn hat, wenn die Vormerkung als allgemeines Sicherungsmittel ihren Platz unter den allgemeinen Vorschriften gefunden hat.

2. Unser Standpunkt muss der richtige sein, weil auf andere Weise sich die Wirkungen der Vormerkung nicht erklären lassen. Wenn die Vormerkung ein dingliches Befriedigungsrecht ist, erklärt sich auf die natürlichste Weise, dass vorgemerkte Ansprüche gegen Insufficienz des Vermögens gesichert sind, mag das belastete Grundstück subhastiert werden oder ein Erbfall eintreten oder Konkurs eröffnet werden.

Gegen diese Schlussfolgerung wendet Biermann[4]) ein: wenn die Vormerkung ein dingliches Recht wäre, würde § 884 überflüssig sein. Denn es wäre selbstverständlich, dass sich der Erbe gegenüber einem dinglichen Rechte nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen könnte; damit § 884 Bedeutung gewinne, müsse angenommen werden, dass

[1]) So Cosack II § 183 Z. III 8 S. 54. Jäger ad KO. § 24 Bem. I 3 S. 188 f. Hellwig § 37 Z. I 2 S. 254 f. A. M. die sämtlichen übrigen Schriftsteller und das Kammergericht. Beschluss vom 7. September 1900 in Mugdan u. Falkmann Bd. I N. 255 S. 411 und Beschluss v. 28. Januar 1901 in Mugdan u. Falkmann Bd. II Nr. 121 S. 243 f.

[2]) Prot. III S. 745 f. und V S. 779.

[3]) Prot. III S. 740—742 Z. II 1 §§ a—k.

[4]) § 19 Z. I S. 171.

durch die Eintragung der Vormerkung kein dingliches Recht entstehe. Diese Einwendungen wären nicht zu widerlegen, wenn im BGB. ein Paragraph stünde, welcher mit klippen, klaren Worten die Vormerkung zu einem Rechte erklärt; nun hat aber das Gesetzbuch bloss einzelne Wirkungen der Vormerkung geregelt, nicht auch deren rechtliche Natur definiert. Wenn ein Rechtsinstitut geregelt werden soll, muss entweder das eine oder das andere normiert werden. Dieser Einwand Biermanns ist also eine petitio principii.

Auch meint Biermann:[1]) KO. § 24 sei für unsere Frage belanglos: wenn der Konkurs auf vorgemerkte obligatorische Ansprüche nicht einwirke, während andere durch denselben berührt werden, so sei das der positiven Norm zuzuschreiben. Allein wenn es ein fundamentaler Grundsatz des Konkursrechts ist, dass durch den Konkurs wohl die obligatorischen Ansprüche, dagegen nicht dingliche Rechte berührt werden, ist ein Schluss, dass die Vormerkung ein dingliches Recht sein muss, weil sie auch gegenüber dem Konkursverwalter geltend gemacht werden kann, nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen.

Konstruiert man die Vormerkung als dingliches Recht, so wird auch der Satz des Grundbuchrechts, dass nur dingliche Rechte nicht auch obligatorische Ansprüche eingetragen werden können, nicht durchbrochen.

Dass die Vormerkung einen von allen anderen Rechten abweichenden Inhalt hat, sofern sie die kollidierenden Verfügungen resolviert, kann nicht im Wege stehen. Denn das dingliche Vorkaufsrecht, über dessen rechtliche Natur als eines Grundstücksrechts Zweifel nicht bestehen können (§ 1094), ist auf den Leisten der Vormerkung abgestellt (§ 1098 II).[2]) Dagegen wird aus der Vorschrift, dass sich Rang des Rechts nach der Eintragung der Vormerkung richte (§ 883 III), kein Schluss auf die dingliche Rechtsnatur ge-

[1]) § 19 Z. I S. 170 und 180.
[2]) siehe Hellwig § 37 II 2 S. 255. Biermann § 19 Z. I S. 172.

zogen werden dürfen,[1]) weil der Rang der Rechte sich nicht nach ihrer Entstehung richtet (siehe § 879 II).

Die Entscheidung der Streitfrage nach der rechtlichen Natur der Vormerkung liegt in § 887. Wenn die Voraussetzungen des § 1170 vorliegen, kann nämlich der Gläubiger, dessen Anspruch durch eine Vormerkung gesichert ist, mit seinem „Rechte" präkludiert werden. Ausser Streit ist, dass der obligatorische Anspruch durch das Verfahren nicht betroffen wird; die Vormerkung erlischt für sich allein. Daher kann mit der Bezeichnung „Recht" auch nichts anderes als die Vormerkung gemeint sein.

Dieses Argument kann auch nicht abgeschwächt werden durch den Hinweis, dass andere Stellen die umständliche Wendung gebrauchen: „Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch".

Wir haben also ein accessorisches Vormerkungsrecht, auf welches die allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken und Grundstücksrechten Anwendung finden. Die Folgerichtigkeit verlangt das; man braucht aber diese Konsequenz nicht zu fürchten.

3. Gegen diese Theorie erhebt Biermann[2]) eine Reihe von Einwendungen.

a) Wenn die Vormerkung ein Recht wäre, so führt er aus, könnte man den § 885 II entbehren, weil man das Vormerkungsrecht unter § 874 zu subsumieren hätte. — Das wäre richtig, wenn sich nicht die beiden Paragraphen in mehreren wesentlichen Punkten unterscheiden würden.

Nach § 885 II kann zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die einstweilige Verfügung Bezug genommen werden; gemäss § 874 kann bei der Eintragung eines Rechts, mit dem ein Grundstück belastet wird, zur näheren Bezeichnung des Inhalts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, soweit nicht das Gesetz ein

[1]) So Biermann § 19 Z. I S. 172. A. M. Fuchs ad § 883 Bem. 8 S. 113. Jäger ad § 24 KO. Bem. 3 S. 189.

[2]) § 19 Z. I S. 180.

anderes vorschreibt. Vor allem enthält § 885 II nicht die Schlussklausel des § 874: „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt". Für die Vormerkung ist also durch § 885 II die Zulässigkeit der Bezugnahme erweitert; die Sondervorschriften, welche in gewissen Fällen für die definitive Eintragung die Bezugnahme ausschliessen, finden auf die entsprechende Vormerkung keine Anwendung.[1]) Für die Vormerkung einer Hypothek oder einer Rentenschuld gelten z. B. die §§ 1115 II und 1199 II 2 nicht; es kann also auch hinsichtlich der Punkte, die bei der definitiven Eintragung gebucht werden müssen, bei der Vormerkung auf die Grundakten verwiesen werden.[2]) — § 885 II gestattet die Bezugnahme „zur näheren Bezeichnung des Anspruchs"; nach § 874 dagegen ist die Bezugnahme nicht zur näheren Bezeichnung des „Rechts", sondern nur seines „Inhalts" zulässig.

§ 885 II gewährt also auch nach dieser Richtung freieren Spielraum. Ausserdem trifft § 874 nur solche Fälle, wo ein Grundstück mit einem Rechte belastet werden soll,[3]) während § 885 II auch diejenigen Fälle mitumfasst, wo ein Grundstücksrecht mit einem Rechte belastet oder ein Recht an einem Grundstücksrecht übertragen, geändert oder aufgehoben werden soll. Endlich ist auch auf die definitive Eintragung einer Rangänderung § 874 unanwendbar, während für die Vormerkung einer Rangänderung Bezugnahme zulässig ist.

b) Weil nach ZVG. § 48 Rechte, die durch die Vormerkung gesichert sind, wie „eingetragene" berücksichtigt werden, können Vormerkungen, so meint Biermann, nicht selbst „eingetragene Rechte" sein; wenn nämlich die Vor-

---

[1]) A. M Oberneck § 48 Z. 3 S. 250 und § 122 Z. 1 S. 514 f.

[2]) So Turnau-Förster ad § 885 Bem. II 6 S. 170, so auch Biermann selbst S. 153. A. M. Fuchs ad § 883 Bem. § 9α S. 115. — In folgenden Fällen ist bei der definitiven Eintragung eine Bezugnahme nicht gestattet, während sie bei der Vormerkung zulässig ist: §§ 881 II, 882 2, 1116 II 2, III, 1184 II, 1189 I 2, 1190 I 2, 1260 II, GBO. §§ 46 I 2, II, III, 49 I, CPO. § 800 I.

[3]) So Planck ad § 874 Bem. 2 S. 78. Turnau-Förster ad § 874 Bem. 3 S. 111 und Predari 2. Absch. Vorb. § 1 Z. III 1 S. 120. A. M. Fuchs ad § 874 Bem. 2 S. 74.

merkung ein eingetragenes Recht wäre, so würde § 48 ZVG. entbehrlich sein. Dieser Schluss beruht auf einer Verwechslung. § 48 ZVG. sagt nicht, dass die Vormerkungen als solche wie eingetragene Rechte zu behandeln seien; vielmehr sollen diejenigen Rechtsänderungen, die durch Vormerkungsrechte gesichert sind, als eingetragen angenommen werden.

c) Endlich wendet Biermann ein: § 1971 unterscheide zwischen Gläubigern, die bei der Immobiliarzwangsvollstreckung ein Befriedigungsrecht aus dem unbeweglichen Vermögen haben, und solchen, deren Rechte vorgemerkt sind. Wenn die Vormerkung ein dingliches Recht wäre, würde ihre besondere Hervorhebung entbehrlich sein. Das ist richtig, soweit bloss Vormerkungen in Betracht kommen, die an Grundstücken bestehen; da es aber auch Vormerkungen gibt, die an Grundstücksrechten haften, so hat die zweite Alternative des § 1971 doch einen guten Sinn.

3. Wenn man die Vorbemerkung mit einem andern Rechtsinstitut vergleichen will, so liegt die Sicherungshypothek am nächsten: der arrestatorischen Vormerkung entspricht die Arresthypothek und der konsentierten die Vertragshypothek. Der Unterschied ist der, dass die Hypothek die Realisierung einer Geldforderung sichern soll, während die Vormerkung die Verwirklichung einer auf eine Rechtsänderung gerichteten Forderung gewährleistet.

III. Da die Vormerkung ein Recht ist so gut wie Pfandrecht und Niessbrauch, muss man sie auch in den numerus clausus der Sachenrechte rezipieren. Infolgedessen wird das ganze System des Sachenrechts modifiziert. An Grundstücken kann ausser Dienstbarkeiten, Reallasten u. s. w. auch das Vormerkungsrecht bestellt werden und zu den Rechten, welche an den Grundstücksrechten begründet werden können, ist auch wieder das Vormerkungsrecht hinzuzuzählen.

Während Pfandrecht und Niessbrauch nur an solchen Rechten begründet werden können, die übertragbar sind, ist eine Vormerkung auch an Niessbrauch (§ 1059, 1) und persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1092, 1) zulässig. Auch kann eine

Vormerkung an solchen Rechten begründet werden, die mit dem Grundstückseigentum verbunden sind (§§ 1018, 1094 II und 1105 II).

Die rechtliche Behandlung der Vormerkung als eines Rechts.

Wenn man mit dem Vormerkungsrecht Ernst machen will, muss man auch die allgemeinen Vorschriften, die für Rechte an Grundstücken und Grundstücksrechten gelten, zur Anwendung bringen, soweit nicht die Natur der Vormerkung selbst entgegensteht.

1. Soweit die Vormerkung nicht im Wege der einstweiligen Verfügung oder nach Massgabe des § 895 CPO. oder §§ 18 und 76 GBO. eingetragen wird, findet § 873 Anwendung. Dagegen ist § 874 ersetzt durch § 885 II.

2. Für die Aufhebung einer Vormerkung, die an Grundstücken besteht, gilt § 875; ist dagegen die Vormerkung an Grundstücksrechten eingetragen, so erfolgt ihre Aufhebung durch formlose Erklärung. Denn § 875, der neben der Erklärung noch einen Buchungsakt erfordert, betrifft nur die Aufhebung von Rechten, die an Grundstücken bestehen.

3. Soll eine Vormerkung, die an einem Grundstück besteht, in ihrem Inhalt geändert werden, so greift § 877 Platz, der seinerseits wieder auf § 873 verweist. Zur Inhaltsänderung einer Vormerkung, die an einem Grundstück eingetragen ist, muss demnach Einigung und Eintragung erfordert werden. Soweit die Inhaltsänderung auf eine Neubegründung hinausläuft, wird sie jedoch auch auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen werden können. Besteht aber die Vormerkung nicht am Grundstücke selbst, sondern an Grundstücksrechten, so fehlt es an einer speziellen grundbuchrechtlichen Vorschrift, da § 877 nur die Rechte an Grundstücken betrifft. Es kommen daher die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Wenn die Berechtigung erweitert werden soll, so liegt teilweise Neubegründung vor;

die Eintragung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund der Bewilligung. Im letzteren Falle kommt auch § 873 wieder zur Anwendung. Soll die Berechtigung beschränkt werden, so wird die Vormerkung zum Teile aufgehoben; es genügt also formlose Erklärung.

4. Werden in Ansehung einer Vormerkung Erklärungen gemäss den §§ 873, 875 und 877 abgegeben, so greift § 878 Platz.

5. Wenn auf einem Grundstücksrecht, das gelöscht werden soll, eine Vormerkung lastet, ist für § 876 kein Raum, obwohl er seinem Wortlaute nach zutreffen würde. Denn der Vormerkung ist die Wirkung eigentümlich, dass sie kollidierende Verfügungen gegebenenfalls resolviert, aber keineswegs hindert. Würde man für alle Fälle, wo das belastete Recht geändert werden soll (§§ 877, 880), die Zustimmung des vorgemerkten Gläubigers erfordern, so hätten die §§ 883 II und 888 I wenig Sinn. Denn entweder würde er die Zustimmung erteilen oder verweigern. Erteilt der vorgemerkte Gläubiger seine Zustimmung zu der vormerkungswidrigen Verfügung, so ist und bleibt sie ihm gegenüber wirksam; versagt er sie, so wäre die Verfügung nach §§ 877, 880 III, 876 nichtig. In beiden Fällen würde § 883 II ohne praktischen Wert sein. Die Zustimmung des vorgemerkten Gläubigers ist auch nicht erforderlich zur Aufhebung des belasteten Rechts.[1]) Weil der vorgemerkte Gläubiger zu der Aufhebung des belasteten Rechts nicht zuzustimmen braucht, kann er auch vom § 8 GBO. keinen Gebrauch machen. Ist also an einem Grundstück, zu dessen Gunsten eine Dienstbarkeit besteht, eine Vormerkung eingetragen, so kann der vorgemerkte Gläubiger nicht beantragen, dass die Dienstbarkeit auf dem Blatte des praedium dominans vermerkt werde.

[1]) Turnau-Förster ad § 883 Bem. 4d S. 157, Predari 2. Absch. Vorbem. § 2 Z. 6 S. 130 und Achilles GBO. Einl. S. 135 f. verlangen wenigstens zur Löschung des belasteten Rechts die Zustimmung des vorgemerkten Gläubigers, weil nach der regelmässigen Einrichtung der Grundbücher eine Wiederherstellung des Rechts durch Tilgung des Löschungsvermerks nicht möglich sei. Ueber diese Schwierigkeit siehe Planck ad § 888 Bem. 2c S. 103. Gegen Turnau-Förster Biermann S. 208 ff.

Weil § 8 GBO. ausser Betracht bleibt, ist auch § 21 GBO. gegenstandslos. Ist die Vormerkung an einem Pfandrecht oder Niessbrauch eingetragen, die selbst an Grundstücksrechten bestehen, so kann zur Aufhebung des Niessbrauchs und Pfandrechts die Zustimmung des vorgemerkten Gläubigers nicht verlangt werden. Denn § 1255 II, welcher zur Aufhebung eines Pfandrechts, an dem ein Dritter ein Recht hat, die Zustimmung des Dritten erfordert, findet aus demselben Grunde wie § 876 keine Anwendung.

Die gleichen Erwägungen, welche die §§ 876, 1255 als unanwendbar erscheinen lassen, sprechen auch gegen die Anwendung des § 268. Soweit nämlich Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen, der Vormerkung gegenüber unwirksam sind § 885 II, kann der vorgemerkte Gläubiger auch sein Recht nicht verlieren. Er hat also das Ablösungsrecht nur soweit,[1]) als die Vormerkung durch das Verfahren hinfällig würde.

6. Wie jedes Recht, so hat auch die Vormerkung ihren Rang, für den die allgemeinen Vorschriften der §§ 879, 880, 881 gelten. Der Rang der Vormerkung ist deshalb von grösster Wichtigkeit, weil sich nach ihm der Rang des gesicherten Rechts bestimmt. Das gilt auch, wenn die Vormerkung für einen künftigen oder bedingten Anspruch eingetragen ist.

a) Da nach § 883 II gewisse Rechtsänderungen, die nach der Eintragung der Vormerkung eintreten, unwirksam sind, soweit sie mit der Vormerkung kollidieren, möchte man die Vorschriften des § 883 III für überflüssig halten. Denn der Rang bedeutet nichts anderes als das Verhältnis kollidierender Rechte zu einander. Sind die Eintragungen, die hinter der Vormerkung erfolgen, unwirksam, so ist der Rang für das gesicherte Recht von selbst gewahrt. Wird nach einer Hypothekenvormerkung eine andere Hypothek eingetragen, so ist diese insoweit unwirksam, als sie die vorge-

[1]) A. M. Biermann S. 201.

merkte Hypothek verkümmern würde. Sie muss daher gemäss § 883 II hinter die vorgemerkte Hypothek zurücktreten. Trotzdem hat aber § 883 III seine Bedeutung, nämlich soweit Rechtsänderungen nicht gemäss § 883 II unwirksam sind,[1]) ferner soweit das Rangverhältnis vom Publizitätsprinzip abhängig ist und endlich wenn im Zwangsvollstreckungsverfahren das geringste Gebot festzustellen ist.

Der Rang der Vormerkung bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen.[2]) Es ist auch eine Rangänderung zulässig und zwar können Vormerkungen unter sich und mit anderen Rechten den Rang vertauschen. Wenn die Vormerkung auf Grund der Rangänderung vortritt, so können die Zwischenrechte nicht ihre Wirksamkeit verlieren, weil sie ja durch die Rangänderung nicht berührt werden, § 880 V. Wenn dagegen die Vormerkung im Range zurücktritt, werden die Zwischenrechte, die auf vormerkungswidrigen Verfügungen beruhen, gegenüber der Vormerkung volle Wirksamkeit erlangen. Das gilt selbst für den Fall, dass zwei Vormerkungen, die sich dem Inhalt nach decken, ihren Rang vertauschen. Wird die zurückgetretene Vormerkung gegenstandslos, weil sie präkludiert wird oder weil die definitive Eintragung erfolgt, so verliert die Rangänderung ihre Wirksamkeit; dagegen wird sie nicht hinfällig, wenn der Gläubiger gezwungen wird, gemäss § 886 die Vormerkung zu beseitigen, § 880 IV.

Anwendung auf die Vormerkung leidet auch § 881.[3]) Und zwar kann bei dem Rangvorbehalt sowohl die aktive als die passive Post eine Vormerkung sein. Nach § 881 kann sich der Eigentümer bei der Belastung eines Grundstücks die Befugnis vorbehalten, ein anderes Recht mit dem Vorrange eintragen zu lassen. Wie eine Hypothek mit dem

[1]) Wenn z. B. eine Vormerkung an einem Grundstück besteht, das als Bestandteil einem andern zugeschrieben wird, so geht das vorgemerkte Recht den Hypotheken des Stammgrundstücks, die sich nach § 1131, 2 auf das zugeschriebene Grundstück erstrecken, nach § 883 III, nicht II auch dann vor, wenn die definitive Rechtsänderung erst nach der Zuschreibung erfolgt.

[2]) So **Turnau-Förster** ad § 883 Bem. II 5 S. 159.

[3]) So RG. in J. W. Bd. 19 S. 366 N. 17.

Vorbehalt bestellt werden kann, so darf auch der obligatorische Anspruch auf Bestellung einer solchen Hypothek vorgemerkt werden. Mit dem Vorbehalt belastet ist nicht die Vormerkung, sondern das künftige Recht. Wenn die aktive Post erst nach Verwirklichung der Vormerkung eingetragen wird, so tritt sie eben vor das belastete Recht; wird sie aber vor Eintritt der vorgemerkten Rechtsänderung bestellt, so ist das allerdings eine Verfügung, die nach Eintragung der Vormerkung vorgenommen wird. Aber da die Vormerkung ihrem eigenen Inhalt nach durch eine derartige Verfügung nicht „beeinträchtigt" wird, so ist diese der Vormerkung gegenüber nicht unwirksam. Das Rangverhältnis der Vormerkung und der aktiven Post zu einander bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen: die Vormerkung geht vor, weil nicht sie, sondern das gesicherte Recht mit dem Rangvorbehalt belastet ist. Soll aber im Zwangsvollstreckungsverfahren das geringste Gebot gebildet werden, so ist die aktive Post vor der Vormerkung zu berücksichtigen, da das durch die Vormerkung gesicherte Recht nach ZVG. § 48 als eingetragen behandelt wird und das eingetragene Recht dieser Post nachsteht.

Ist nicht das gesicherte Recht, sondern die Vormerkung mit dem Rangvorbehalt belastet, so tritt die aktive Post vor die Vormerkung; und selbstverständlich ist, dass das vorgemerkte Recht selbst hinter die aktive Post tritt, sobald es eingetragen wird.

Denkbar wäre auch ein doppelter Vorbehalt dergestalt, dass sowohl das gesicherte Recht als die Vormerkung selbst belastet wird. In diesem Falle kommen zwei aktive Posten in Betracht: an die erste Stelle tritt die Post, zu deren Gunsten die Vormerkung belastet ist, an die zweite Stelle diejenige, zu deren Gunsten das gesicherte Recht beschwert ist, und hinter den beiden aktiven Posten erst folgt das gesicherte Recht selbst.

7. Wer die Vormerkung einmal als Recht ansieht, muss konsequenterweise auf sie auch die §§ 883—888 anwenden,

soweit nicht die Natur der Vormerkung selbst entgegensteht. An einer Vormerkung kann wieder eine Vormerkung eingetragen werden, wenn sie an einem Grundstücke oder Grundstücksrechte besteht. Wenn dagegen die Vormerkung an einem Rechte eingetragen ist, das selbst wieder auf einem Grundstücksrecht lastet, so ist eine Vormerkung an der Vormerkung nicht zulässig. Vorgemerkt werden können die Ansprüche auf Inhaltsänderung, Abtretung, Belastung und Aufhebung der Vormerkung. Dagegen kann der Anspruch auf Bestellung einer Vormerkung nicht auch seinerseits wieder vorgemerkt werden.

Eine andere Frage ist die, ob Rechtsänderungen, die an dem durch die Vormerkung gesicherten Rechte eintreten sollen, anticipando auch schon an den Vormerkungen vorgemerkt werden dürfen. Das ist zu verneinen. Wenn der Anspruch auf Bestellung einer Hypothek vorgemerkt wird, so kann der Anspruch auf Abtretung oder Belastung oder Inhaltsänderung der gesicherten Hypothek nicht schon an der Hypothekenvormerkung eingetragen werden.

Wenn die belastete Vormerkung erlischt durch Verwirklichung der gesicherten Rechtsänderung, wird auch die belastende Vormerkung hinfällig; denn weil die Herbeiführung der definitiven Rechtsänderung eine Verfügung über die belastete Vormerkung nicht enthält, ist § 883 II auch nicht anwendbar.

8. Einige Schwierigkeiten macht die Anwendung des § 889 auf die Vormerkung. Ein Recht an einem Grundstück erlischt nicht dadurch, dass der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Gläubiger des Rechts das Eigentum erwirbt. Es sind drei Fälle zu unterscheiden:

a) Tritt die Vereinigung zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein, so ist das ohne Einfluss auf die Rechtsbeständigkeit der Vormerkung. Es ist sogar ihre Durchführung erleichtert.

b) Wenn die Vereinigung zwischen dem Vorgemerkten und Verpflichteten eintritt, so erlischt der obligatorische An-

spruch confusione, was auch den Untergang der obligatorischen Vormerkung nach sich zieht. Die resolutive Bedingung, unter welcher die vormerkungswidrige Verfügung steht, kommt in Wegfall. Wenn die Hypothek im analogen Falle nicht erlischt, so ist das auf das Institut der Eigentümerhypothek zurückzuführen. Soweit jedoch ein Dritter ein Recht an der Vormerkung hat, kann die Vereinigung nach Analogie des § 1256 I 2 die Erlöschung nicht herbeiführen.

c) Erfolgt Vereinigung zwischen dem Dritten und dem Vorgemerkten, so wird der Anspruch durch die Vereinigung nicht berührt: er kann also auch nicht aus diesem Grunde erlöschen. Das dingliche Vormerkungsrecht wird durch die Vereinigung allerdings betroffen, allein die Vormerkung soll ja nach § 889 trotz eingetretener Vereinigung nicht untergehen. Diese Vorschrift gilt jedoch nur für diejenigen Vormerkungen, welche an Grundstücken bestehen, nicht auch an Grundstücksrechten. Ist eine Vormerkung an Grundstücksrechten eingetragen, so hat die Vereinigung, die zwischen dem vorgemerkten Gläubiger und dem Dritten erfolgt, die Erlöschung des Vormerkungsrechts zur Folge, es sei denn, dass an der Vormerkung selbst wieder ein Recht bestehe oder der belastete Gläubiger an ihrer Fortexistenz ein berechtigtes Interesse habe, §§ 1072, 1063, 1273, 1256.

Weil die Vormerkung im Falle der Vereinigung nicht erlischt, soweit der Gläubiger des belasteten Rechts ein Interesse an der Fortexistenz der Vormerkung hat, so darf eine Vormerkung, mit der eine Hypothek oder eine Grund- und Rentenschuld belastet ist, nach GBO. § 27 II nur mit Zustimmung desjenigen gelöscht werden, dem die Hypothek, die Grundschuld oder Rentenschuld zusteht. An der Fortdauer der Vormerkung kann der Gläubiger insofern ein Interesse haben, als er durch dieselbe in stand gesetzt wird, die Unwirksamkeit kollidierender Verfügungen geltend zu machen.

9. Wenn man die Vormerkung als dingliches Recht konstruiert, so kann die Anwendbarkeit der §§ 891—893

nicht zweifelhaft sein.[1]) Doch wirken die Vermutung und der öffentliche Glaube des Grundbuchs nur insoweit als das dingliche Recht selbst in Frage kommt; der obligatorische Anspruch erhält durch die Eintragung keinen Schutz. Für die Sicherungshypothek, die wegen ihrer strengen Accessorietät eine passende Analogie zur Vormerkung bietet, gilt gemäss § 1185 II die Vorschrift des § 1138 nicht, der die §§ 891—893 auch in Ansehung der Forderung für anwendbar erklärt.

a) Ist im Grundbuch eine Vormerkung eingetragen, so wird vermutet, dass die Vormerkung so zu Recht bestehe, wie sie im Grundbuch eingetragen ist, § 891. Wer eine Darlehensforderung einklagt, für die eine Hypothek vorgemerkt ist, kann sich nicht auf § 891 berufen. Allein die Thatsache, dass für die Darlehensforderung die Bestellung einer Hypothek im Grundbuch vorgemerkt ist, begründet eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass die Darlehensforderung entstanden ist. Für den obligatorischen Hypothekenbestellungsanspruch begründet also die Eintragung im Grundbuch eine faktische Vermutung, während für das dingliche Vormerkungsrecht eine juristische Vermutung streitet. Wenn der vorgemerkte Gläubiger nach § 888 den Dritten auf Zustimmung verklagt, muss er den Anspruch nach allgemeinen Regeln nachweisen. Dagegen braucht er nicht darzuthun, dass die

[1]) Für Anwendung des § 891 und 892 auf die Vormerkung ist Fuchs ad § 883 Bem. 20 S. 121 f. und ad § 892 Bem. 3 S. 152. Gegen die Anwendung des § 891 Cosack II § 183 Z. III 1 S. 52, der aber § 892 für anwendbar erklärt, § 183 Z. III 4 S. 53. Für Anwendung des § 892 ist Hellwig: § 37 Z. III 1 a S. 257 N. 14, ebenso Böhm ad § 883 Bem. III D S. 45. Gegen Anwendung des § 891 Prot. III S. 49. Planck ad § 891 Bem. 2 S. 106. Gegen die Anwendung der §§ 891—893 Biermann § 20 Z. II u. III S. 187 ff. Gegen die Anwendung des § 892 KG. Beschl. v. 7. September 1900 in Mugdan u. Falkmann Bd. I N. 255 S. 410 f. und Beschl. v. 28. Januar 1901 in Mugdan u. Falkmann Bd. II N. 121 S. 243 f. Auf der anderen Seite fällt es auf, dass Schriftsteller, welche die Vormerkung nicht als „Recht" gelten lassen wollen, diese Paragraphen trotzdem für anwendbar erklären: so Turnau-Förster, die sich gegen die Anwendung des § 891 (ad § 891 Bem. 3 S. 186), aber für Anwendung des § 892 erklären (ad § 892 Bem. VI 1 S. 207), und Ramdohr, der für Anwendung des § 892 ist (in Gruchots Beiträgen Bd. 44 S. 352).

eingetragene Vormerkung wirksam ist — eine Abschrift des Grundbuchblatts genügt.

§ 891 findet zu Gunsten aller Vormerkungen Anwendung, gleichviel auf welchen Titel hin ihre Eintragung erfolgt ist.

b) Auf die Vormerkung finden die Vorschriften Anwendung, welche den öffentlichen Glauben des Grundbuchs regeln. § 892 schreibt vor: „Zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig. . . . Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zu Gunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.“ Die Frage, ob § 892 auf die Vormerkung Anwendung findet, ist von grosser Wichtigkeit. Setzen wir den Fall: der Kridar habe während des Konkurses die Einräumung einer Hypothek vormerken lassen. Ist der Erwerber bei der Bestellung der Hypothek in gutem Glauben, so erlangt er eine wirksame Hypothek, mag er bei der Eintragung der Vormerkung in gutem oder bösem Glauben gewesen sein. Trotzdem ist es aber für die Rechtsstellung des Hypothekars keineswegs gleichgültig, welcher Art seine fides bei der Eintragung der Vormerkung war.

Denn wenn auf Grund des Publizitätsprinzips eine gültige Vormerkung entstanden ist, sind die kollidierenden Zwischenverfügungen unwirksam und die Hypothek nimmt die Stelle ein, welche die Vormerkung eröffnet hat. Noch wichtiger ist die Frage in denjenigen Fällen, wo der Gläubiger zwar bei der vorläufigen Eintragung in gutem Glauben war, aber sich bei der definitiven in mala fide befand. Ist nämlich die Vormerkung kraft des Publizitätsprinzips wirksam, so kann er trotz seiner „mala fides interveniens“ die definitive Rechtsänderung durchsetzen.

α) Zu Gunsten desjenigen, der ein Vormerkungsrecht

an einem Grundstück oder Grundstücksrecht erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen sei, § 892 I.

Der öffentliche Glaube des Grundbuchs greift nur soweit Platz, als die Vormerkung durch Rechtsgeschäft erworben wird. Wenn dagegen die Vormerkung im Wege einer einstweiligen Verfügung oder nach Massgabe der §§ 18 und 76 GBO. eingetragen worden ist, sind die Voraussetzungen des § 892 nicht gegeben. Für die Vormerkungen, die von Amtswegen eingetragen werden, ist die Frage auch von geringem praktischem Wert. Nehmen wir an, ein Grundstückseigentümer beantragt die Bestellung einer Hypothek; das Grundbuchamt beanstandet den Antrag und trägt eine Vormerkung ein. Der Erwerb des definitiven Rechts selbst steht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens. Massgeblich ist die Stellung des Antrags (§ 892 II), also ein Zeitpunkt, welcher der Eintragung der Vormerkung vorgeht. Dasselbe gilt, wenn gegen die Entscheidung, durch welche das Grundbuchamt den Antrag zurückgewiesen hat, Beschwerde erhoben wird und das höhere Gericht durch eine einstweilige Anordnung das Grundbuchamt anweist, eine Vormerkung einzutragen, GBO. § 76. Wenn allerdings die zu der definitiven Rechtsänderung erforderliche Einigung erst erfolgt, nachdem schon die Vormerkung von Amtswegen eingetragen worden ist, könnte die fides des Erwerbers bei der Eintragung der Vormerkung erheblich werden. Vormerkungen, die gemäss § 894 CPO. eingetragen werden, nehmen am öffentlichen Glauben des Grundbuchs Teil, CPO. § 898; dagegen wird die Vormerkung, die entsprechend dem § 895 CPO. eingetragen wird, durch den öffentlichen Glauben nicht gedeckt, obwohl sie nach der CPO. als „bewilligt" gilt (arg. a contrario § 898 CPO.).[1]) Wenn die Bewilligung einer Vormerkung durch Urteil ersetzt wird (§ 894 CPO.) und die Eintragung der Vormerkung gemäss § 895 CPO. erfolgt, so

[1]) Siehe Biermann S. 190.

ist der für die Gutgläubigkeit entscheidende Moment der Eintritt der Rechtskraft.

Der Inhalt des Grundbuchs gilt als richtig. Ist der Schuldner, der die Vormerkung bewilligt hat, in der Verfügungsmacht beschränkt, so hilft der öffentliche Glaube über den Mangel der Verfügungsmacht hinweg, mag nun der Schuldner durch einen Testamentsvollstrecker[1]) ein Veräusserungsverbot, Konkurseröffnung oder Nachlassverwaltung beschränkt sein. Obwohl der Kridar nicht die Befugnis hat, Vormerkungen zu bestellen, können seine Verfügungen doch auf Grund des Publizitätsprinzips auch gegenüber den Konkursgläubigern wirksam sein (KO. §§ 7, 15), so dass dem Konkursverwalter nichts übrig bleibt, als die vorgemerkten Ansprüche zu befriedigen (KO. § 24). Wenn an einer Hypothek, gegen welche eine Einrede besteht, die Abtretung vorgemerkt wird, so ist die Einrede gegenüber dem vorgemerkten Gläubiger verloren, wenn dieser bei der vorläufigen Eintragung von der Einrede keine Kenntnis hatte, mag er sich auch bei der definitiven Eintragung der Abtretung in mala fide befinden. § 892 wird auch praktisch, wenn eine unrichtige Löschung erfolgt ist. Nachdem ein Niessbrauch zu Unrecht gelöscht worden ist, lässt der Eigentümer, der die Bestellung einer Hypothek versprochen hat, für diese Verpflichtung eine Vormerkung eintragen. Wenn der gelöschte Niessbrauch im Berichtigungsverfahren wiedergebucht wird, muss er, sofern die Voraussetzungen des § 892 zutreffen, hinter die Hypothekenvormerkung treten.

Die eigenartige Natur der Vormerkung wird aber das Publizitätsprinzip in mancher Hinsicht modifizieren.

Eine wesentliche Voraussetzung der Vormerkung ist, dass die Vormerkung sich gegen das Recht desjenigen richtet, der verpflichtet ist. Über den Mangel dieser Voraussetzung kann der öffentliche Glaube des Grundbuchs ebensowenig hinweghelfen, wie wenn der vorgemerkte Anspruch nicht

[1]) A. M. KGBeschl. vom 7. September 1900 in Mugdan u. Falkmann Bd. I Nr. 255 S. 410.

vormerkbar ist. Setzen wir den Fall: der buchmässige „Gläubiger" einer Hypothek, deren Forderung nichtig oder nicht entstanden oder wieder erloschen ist, verspricht die Hypothek abzutreten und lässt eine Vormerkung eintragen; oder der eingetragene Gläubiger einer Briefhypothek verpflichtet sich dem Eigentümer gegenüber, auf die Hypothek zu verzichten; nachdem er die Hypothek gemäss § 1154 abgetreten, lässt er für seine Zusage eine Vormerkung eintragen. In beiden Fällen ist die Vormerkung unwirksam,[1]) weil sich die Vormerkung eben nicht gegen das Recht des Schuldners richtet. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs hat nicht die Wirkung, dass der Vormerkung zuliebe das Recht, das einem Dritten zusteht, als dem Schuldner zuständig gilt. Nehmen wir an: der Scheinhypothekar habe an der Hypothek einen Niessbrauch für einen redlichen Dritten bestellt, so greift der öffentliche Glaube des Grundbuchs Platz. Das Publizitätsprinzip hat aber nicht die Wirkung, dass auf Grund des § 892 die belastete Hypothek von der Eintragung des Niessbrauchs an dem Scheinhypothekar zustände. Dasselbe gilt auch für die Vormerkung, nur dass ihre Natur die Unwirksamkeit des Bestellungsakts zur Folge hat. Wenn A ein Grundstück verkauft, das auf seinen Namen eingetragen ist, aber dem B gehört, so kann die Vormerkung, die A für den Auflassungsanspruch eintragen lässt, keine Wirkung haben, mag auch der Erwerber in bestem Glauben sein. Und wenn der eingetragene Nichteigentümer A weitere Verfügungen über das Grundstück trifft, die auf Grund des § 892 wirksam sind, so kann jene hinfällige Vormerkung diese Verfügungen nicht unwirksam machen.[2]) Wenn dagegen im vorigen Fall der wirkliche Eigentümer das Grundstück verkauft hat und der Bucheigentümer diesen Auflassungsanspruch hat vormerken lassen, so ist die Vormerkung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in ihrer Wirksamkeit gesichert.

---

[1]) A. M. Biermann S. 189.
[2]) A. M. Fuchs ad § 883 Bem. 20 bb γ S. 122.

Wenn der Vorerbe auf einem Nacherbschaftsgegenstand die Eintragung einer Vormerkung bewilligt, ist das eine Verfügung, die mit Eintritt der Nacherbfolge unwirksam wird (§ 2113). Bei Anwendung des § 892 auf diesen Fall ist zu unterscheiden. Wird die Vormerkung für eine Nachlassverbindlichkeit eingetragen, die der Nacherbe gegen sich gelten lassen muss, so kann der öffentliche Glaube der Vormerkung auch Wirksamkeit gegen den Nacherben verschaffen. Ist dagegen die Vormerkung für eine Erbenschuld eingetragen, so wird die Vormerkung trotz des Publizitätsprinzips mit dem Nacherbfall unwirksam, weil sich der gesicherte Anspruch gegen den Vorerben richtet und der Nacherbe weder aus dem Schuldverhältnis, noch nach den §§ 883 II, 888 haftet. Ähnliche Erwägungen müssen durchgreifen, wenn jemand an einem Rechte, das unter einer resolutiven Bedingung steht, eine Vormerkung erlangt, ohne dass er von dieser Bedingung Kenntnis hat. Eine Hypothek z. B. ist unter einer resolutiven Bedingung abgetreten worden; der Cessionar lässt den Anspruch auf Verpfändung seiner Hypothek vormerken. Tritt die resolutive Bedingung ein, so steht die Hypothek nicht mehr dem Cessionar, sondern dem Cedenten zu. Der Anspruch richtet sich aber gegen den Cessionar, nicht gegen den Cedenten. Gegen den Cedenten lässt sich die Vormerkung nicht verwirklichen.

Mag der Erwerber der Vormerkung auch im besten Glauben gewesen sein, mit dem Eintritt der resolutiven Bedingung wird die Vormerkung gegenstandslos.

Setzen wir endlich den Fall: zwei Hypothekare vereinbaren eine Rangänderung und lassen eine entsprechende Vormerkung eintragen. Nun ist aber die Vorhypothek nichtig. Das hat zur Folge, dass auch die Vormerkung unwirksam ist trotz des Publizitätsprinzips. Denn der gesicherte Anspruch ist, weil auf eine unmögliche Leistung gerichtet, nichtig.

β) Wer an der Vormerkung selbst wieder durch Rechtsgeschäft ein Recht erwirbt, wird durch den öffentlichen

Glauben des Grundbuchs geschützt. Gesichert ist also der redliche Cessionar, Niessbraucher und Pfandgläubiger. Gleichgültig ist, ob die Vormerkung ihrerseits durch Rechtsgeschäft oder auf andere Weise erlangt ist.

Der Schutz geht aber nur so weit, als das dingliche Recht in Frage kommt. Ist das Vormerkungsrecht nichtig, weil das Erfordernis einer wirksamen, einstweiligen Verfügung fehlt, so ist der Erwerber gedeckt. Wenn dagegen der obligatorische Anspruch nicht zu Recht besteht oder mit Einreden behaftet ist, versagt der öffentliche Glaube. Nehmen wir an: der Eigentümer hat sein Grundstück an B verkauft; durch ein Versehen wird die Eigentumsvormerkung nicht für B, sondern für C eingetragen. C kann die Vormerkung, die auf seinen Namen lautet, nicht abtreten, weil er nicht Gläubiger ist. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs nützt dem Cessionar des C nichts, weil er ja den Anspruch nicht erworben hat.

γ) Wenn zu Gunsten des vorgemerkten Gläubigers auf Grund des Vormerkungsrechts die vorgemerkte Rechtsänderung bewirkt wird, greift der öffentliche Glaube des Grundbuchs Platz, § 893. Ein Zwiespalt zwischen dem Buchinhalt und der wirklichen Rechtslage kann entstehen dadurch, dass der vorgemerkte Anspruch abgetreten und das Grundbuch nicht berichtigt wird. Nun fragt sich aber, ob es Leistungen gibt, die auf Grund der Vormerkung bewirkt werden.

Wenn der Schuldner die Leistung bewirkt, thut er es nicht auf Grund des Vormerkungsrechts, sondern zur Erfüllung seiner obligatorischen Verpflichtung ebenso wie der von dem Grundstückseigentümer verschiedene persönliche Schuldner an den Hypothekar nicht auf Grund des Pfandrechts, sondern zur Befriedigung seiner Darlehensschuld zahlt. Dagegen kann sich der Dritte, der nach § 888 seine Zustimmung zu einer Eintragung oder Löschung gibt, auf § 893 berufen: er leistet ja auf Grund der Vormerkung wie der vom persönlichen Schuldner verschiedene Grundstückseigentümer auf Grund des Hypothekenrechts. Setzen wir den

Fall: auf einem Grundstück ist die Bestellung einer Hypothek vorgemerkt; das Grundstück wird an einen Dritten veräussert und die Hypothekenvormerkung abgetreten, ohne dass der Cessionar gebucht würde. Wenn der Schuldner für den noch eingetragenen Cedenten eine Hypothek bewilligt, wird er von seiner Verpflichtung dem wahren Gläubiger, also dem Cessionar eine Hypothek zu bestellen nicht frei; dagegen wird der Dritte, der gemäss § 888 I seine Zustimmung zur Bestellung einer Hypothek an den eingetragenen Nichtgläubiger gibt, nach Massgabe des § 893 befreit. Die Vormerkung verliert ihre Wirksamkeit.

Der wirkliche Gläubiger kann von dem Dritten nicht mehr die Zustimmung zur Eintragung der Hypothek verlangen, zu deren Bestellung ihm der Schuldner nach wie vor verpflichtet ist. Die Eintragung der Hypothek, die mit Zustimmung des Dritten zu Gunsten des Nichtgläubigers erfolgt, wird man auch nicht gemäss § 883 II als der Vormerkung gegenüber unwirksam behandeln dürfen. Denn die Vormerkung wird ja durch diese Verfügung gerade gegenstandslos; sie kann daher nicht mehr verwirklicht werden, und entgegenstehende Rechte auch nicht mehr resolvieren.

Das Publizitätsprinzip kommt auch zur Geltung, wenn zwischen dem eingetragenen vorgemerkten Gläubiger und einem andern hinsichtlich der Vormerkung ein Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung enthält: also wenn der Gläubiger auf die Vormerkung verzichtet oder sich zu einer Inhaltsänderung versteht.[1]) Unter dem „andern" ist derjenige gemeint, der nach allgemeinen Grundsätzen bei dem fraglichen Rechtsgeschäft mitzuwirken hat.

δ) Endlich finden in Ansehung der Vormerkung auch die §§ 2366, 2367 Anwendung. Erwirbt jemand von einem andern, der in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, durch Rechtsgeschäft eine Vormerkung an einem Erbschaftsgegenstand oder ein Recht an einer Erbschaftsvormerkung, so wird

[1]) So Fuchs ad § 893 Bem. 2cc S. 172.

fingiert, dass dieser andere das im Erbschein angegebene Erbrecht habe und durch keine anderen als die angegebenen Anordnungen beschränkt sei. Nach dieser Massgabe ist auch geschützt, wer die Befreiung von einer Vormerkung erlangt, die zur Erbschaft gehört. Auch greift das Publizitätsprinzip ein, wenn an den legitimierten Erben auf Grund einer zur Erbschaft gehörigen Vormerkung eine Leistung bewirkt wird oder wenn in Ansehung einer zur Erbschaft gehörigen Vormerkung zwischen dem legitimierten Erben und einem andern ein Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über die Vormerkung enthält.

10. Mit dem Publizitätsprinzip hängt das Berichtigungsverfahren zusammen. Das letztere ist daher auch in Ansehung der Vormerkung zulässig.[1])

Das Grundbuch ist nicht unrichtig, wenn ein Anspruch, der an sich vormerkbar ist, nicht vorgemerkt ist. Es ist daher nicht richtig, wenn Endemann behauptet,[2]) dass in einzelnen Fällen von Amtswegen die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung einer Vormerkung zu erfolgen habe. Für die Frage, ob das Grundbuch in Ansehung einer Vormerkung unrichtig ist, kommt nur eine Vormerkung in Betracht, die schon eingetragen ist oder einmal eingetragen war.

a) Das Grundbuch ist unrichtig, wenn eine Vormerkung eingetragen ist, die nicht zu Recht besteht, weil der gesicherte Anspruch nicht entstanden oder wieder erloschen ist. Das Grundbuch ist auch unrichtig, wenn die Vormerkung zwar wirksam ist, aber der Eintrag nicht der materiellen Rechtslage entspricht: soweit der Eintrag über den obligatorischen Anspruch hinausgeht, ist die Vormerkung unwirksam und das Grundbuch unrichtig.

b) Das Grundbuch weicht von der materiellen Rechtslage ab, wenn auf der Vormerkung eine nichtbestehende Be-

[1]) Nach dem Beschl. des KG. v. 28. Januar 1901 in Mugdan u. Falkmann Bd. II N. 121 S. 243 f. nimmt die Vormerkung nicht an dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil. Daher soll auch gegen die unrichtige Eintragung einer Vormerkung ein Widerspruch nicht zulässig sein.

[2]) § 63 Z. 1 S. 244 f.

lastung oder Beschränkung eingetragen ist. Ein Zwiespalt kann auch dadurch entstehen, dass an dem Bucheintrag Änderungen vorgenommen werden, obwohl das dingliche Recht eine entsprechende Umwandlung nicht erfahren hat. Vor allem aber praktisch wird das Berichtigungsverfahren in den Fällen, wo die Vormerkung zu Unrecht gelöscht worden ist. Zur Eintragung eines Widerspruchs genügt es, wenn die unrechtmässige Löschung der Vormerkung glaubhaft gemacht wird. Es brauchen nicht von neuem die Voraussetzungen der Vormerkung bescheinigt zu werden, was im einzelnen Falle eine grosse Erleichterung bedeuten kann. So kann unter Umständen mit Leichtigkeit dargethan werden, dass die Bewilligung, auf welche hin die Löschung der Vormerkung erfolgte, gefälscht war, während die Glaubhaftmachung des Anspruchs Schwierigkeiten bereiten würde.[1])

Wer durch die unrichtige Eintragung einer Vormerkung betroffen wird, hat das lebhafteste Interesse an alsbaldiger Berichtigung. Denn der Gläubiger kann über die Vormerkung Verfügungen treffen, die auf Grund des öffentlichen Glaubens wirksam sind. Um einen vorläufigen Schutz gegen diese Gefahr zu erlangen, kann der betroffene Teil einen Widerspruch gegen die unrichtige Eintragung der Vormerkung erwirken.

c) Das Grundbuch kann aber auch unrichtig sein, weil Einreden, die gegen die Vormerkung bestehen, nicht eingetragen sind. Nach § 1157 können Einreden, die sich gegen das dingliche Hypothekenrecht kehren, durch Berichtigung und Widerspruch gesichert werden. Weil aber gegen das accessorische Hypothekenrecht auch diejenigen Einreden geltend gemacht werden können, die aus dem obligatorischen Anspruch erwachsen (§ 1137), ist auch in Ansehung solcher Einreden Berichtigung und Widerspruch zulässig (§ 1138).

---

[1]) So Fuchs ad § 894 Bem. 3d S 175 und ad § 899 Bem. 2 S. 185 f. Schilde S. 54. Nach Biermann S. 224 soll die Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöschten Vormerkung auf Grund des § 22 GBO. erfolgen können, während ein Berichtigungsanspruch nicht bestehen soll.

Für die Sicherungshypothek dagegen gilt § 1138 nicht (§ 1185 II). Einreden, die sich gegen den obligatorischen Anspruch richten, können nicht ins Grundbuch eingetragen werden; Berichtigung und Widerspruch ist bloss in Ansehung solcher Einreden zulässig, die sich gegen das dingliche Recht selbst wenden. Das gilt auch von der Vormerkung. Einreden, die gegen den obligatorischen Anspruch gerichtet sind, können nicht verloren gehen, weil ihnen gegenüber das Publizitätsprinzip nicht gilt. Daher sind die §§ 894—899 auch nicht anwendbar.

Umgekehrt sind Berichtigung und Widerspruch auch am Platze, wenn Einreden eingetragen sind, die entweder nicht zu Recht bestehen oder wenigstens nicht in dem verlautbarten Umfange.

d) Die Berichtigung des Grundbuchs und die Eintragung eines Widerspruchs erfolgt auch in Ansehung einer Vormerkung nach den allgemeinen Grundsätzen. Auch § 22 und § 54 GBO. finden Anwendung. Eine Vormerkung, die auf Grund einer einstweiligen Verfügung ohne vorgängige Zustellung des Titels eingetragen wird, ist unwirksam, wenn die Zustellung nicht innerhalb einer gewissen Frist nachgeholt wird, § 929 III CPO. Wird die Vormerkung durch Verspätung der Zustellung unwirksam, so kann der Nachweis durch die Zustellungsurkunde erbracht und gemäss § 22 GBO. Berichtigung verlangt werden. Nehmen wir an, das Grundbuchamt habe auf dem falschen Blatt eine Vormerkung eingetragen, so hat es von Amtswegen einen Widerspruch einzutragen, GBO. § 54.

e) Der Berichtigungsanspruch wendet sich gegen denjenigen, der durch die Berichtigung betroffen wird.

Die Klage kann jeder erheben, dessen „Recht“ durch die Unrichtigkeit des Grundbuchs beeinträchtigt wird. Da die Vormerkung ein „Recht“ ist, ist auch der vorgemerkte Gläubiger zur Klage legitimiert. Besteht also die Vormerkung an einer Hypothek, der ein erloschener Niessbrauch

vorgeht, so kann der vorgemerkte Gläubiger Berichtigung betreiben.

11. Im allgemeinen ist die Vormerkung eines Anspruchs auf dessen Verjährung ohne Einfluss. Nach § 902 unterliegen Ansprüche aus eingetragenen Rechten nicht der Verjährung, und Rechte, welche durch Widerspruch gesichert sind, stehen eingetragenen Rechten gleich. Dagegen sind vorgemerkte Ansprüche durch § 902 der Verjährung keineswegs entzogen.[1]) Im höchsten Fall könnte man sagen, dass der Anspruch des § 888 I, weil aus einem eingetragenen Rechte entspringend, unverjährbar sei. Doch kann die Eintragung einer Vormerkung allerdings mittelbar auf die Verjährung des gesicherten Anspruchs einwirken.

Wird nämlich die Vormerkung auf Grund der Bewilligung eingetragen, so ist in dieser Bewilligung ein Anerkenntnis des gesicherten Anspruchs zu erblicken, so dass die Verjährung nach § 208 unterbrochen wird. Es beginnt aber gleich mit dem Anerkenntnis wieder eine neue Verjährung zu laufen.[2]) Wird die Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung eingetragen, so ist das eine Vollstreckungshandlung, die ebenfalls die Verjährung unterbricht, § 209 Z. 5.[3]) Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn die auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragene Vormerkung auf Bewilligung des Gläubigers gelöscht oder die einstweilige Verfügung mangels gesetzlicher Voraussetzungen aufgehoben wird, § 216 I.

Vormerkungen, die auf Grund des § 894, CPO. eingetragen werden, haben im allgemeinen auf die Verjährung des vorgemerkten Anspruchs keine Wirkung. Denn obwohl diese Vormerkungen als „bewilligt“ gelten, liegt doch kein Anerkenntnis vor; auch kann von einer Zwangsvollstreckungsmassregel nicht die Rede sein. Soweit Vormer-

[1]) So Planck ad § 902 Bem. 1 S. 127. Cosack II § 183 Z. III 7 S. 54.

[2]) So Fuchs ad § 902 Bem. 5b S. 197.

[3]) So Planck ad § 209 Bem. 2c S. 261. A. M. Fuchs ad § 902 Bem. 5b S. 197 und ad § 901 Bem. 3c S. 193.

kungen nach Massgabe des § 895 CPO. eingetragen werden, wird allerdings die Verjährung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs unterbrochen. Der Grund ist aber nicht die Eintragung der Vormerkung, sondern die klageweise Geltendmachung des Anspruchs. Wird die Vormerkung auf Grund des § 894 CPO. eingetragen, so ist der Anspruch, der geltend gemacht wird, nicht derjenige, der auf Herbeiführung der Rechtsänderung abzielt, sondern der auf Bewilligung der Vormerkung gerichtet ist. In diesem Falle wird daher auch die Verjährung des gesicherten Anspruchs nicht unterbrochen.

Soweit Vormerkungen von Amtswegen eingetragen werden, äussert die Eintragung keine Wirkungen auf die Verjährung.

12. Wer in der Vormerkung ein Recht sieht, muss auch zu der Frage Stellung nehmen, ob eine Vormerkung an Bruchteilen zulässig ist.

a) Da reelle Grundstücksteile nicht wesentliche Bestandteile sind, können sie mit Sonderrechten belastet werden, § 93. Die Übersichtlichkeit des Grundbuchs verlangt aber, dass auf den einzelnen Grundbuchblättern nur solche Rechtsverhältnisse verlautbart werden, welche das ganze Grundstück ergreifen. Daher schreibt GBO. § 6 vor: „Soll ein Grundstücksteil mit einem Rechte belastet werden, so ist er von dem Grundstück abzuschreiben und als selbständiges Grundstück einzutragen.“ Die meisten Schriftsteller argumentieren nun so: die Vormerkung ist kein Recht; da GBO. § 6 aber nur von solchen Fällen spricht, wo ein Grundstücksteil mit einem „Rechte“ belastet werden soll, bleibt seine Anwendung auf die Vormerkung schon seinem Wortlaute nach ausser Betracht. GBO. § 6 will vor allem Verwicklungen in der Zwangsvollstreckung verhüten. Da die durch Vormerkungen gesicherten Ansprüche im Zwangsvollstreckungsverfahren wie eingetragene Rechte behandelt werden (ZVG. § 48), würde das Verfahren kompliziert werden, wenn Vormerkungen an Grundstücksteilen eingetragen werden

dürften. Wer die Vormerkung als „Recht" konstruiert, muss daher nicht bloss der Konsequenz wegen, sondern auch aus diesem praktischen Grunde § 6 GBO. auf sie anwenden.[1])

Da jedoch Dienstbarkeiten und Reallasten auch an Grundstücksteilen eingetragen werden dürfen, soweit nicht Verwirrung zu besorgen ist, werden diese beiden Rechte auch an Grundstücksteilen vorgemerkt werden können. Denn für die vorläufige Eintragung dürfen nicht strengere Anforderungen gestellt werden als für die definitive.

Auch muss es zulässig sein, eine Vormerkung, die auf das ganze Grundstück gelegt ist, ihrem Inhalt nach auf einzelne Stücke zu beschränken, wie ja auch Dienstbarkeiten und Vorkaufsrechte, die auf dem ganzen Grundstücke ruhen, so beschränkt werden können, dass sie nur an einzelnen Stücken ausgeübt werden dürfen.[2]) Obwohl eine solche Vormerkung das ganze Grundstück belastet, ist der Eigentümer nicht gehindert, solche Teile zu veräussern, an denen die gesicherte Rechtsänderung nicht einzutreten hat. Solche Verfügungen sind der Vormerkung gegenüber wirksam, weil sie dieselbe nicht verkümmern.[3]) Auf diese Weise kann auch von unserem Standpunkt aus die Parzellierung von Grundstücken vorgemerkt werden ohne vorgängige Abschreibung.[4])

b) Eine andere Frage ist die, ob Vormerkungen an ideellen Bruchteilen zulässig sind. Hypotheken (§ 1114), Vorkaufsrechte (§ 1095) und Reallasten (§ 1106) können an

---

[1]) A. M. alle Schriftsteller und die Rechtssprechung: Beschl. des KG. vom 17. August 1900 in Entsch. Bd. I S. 158. Nach Predari ist die Vormerkung einer Hypothek an Grundstücksteilen nicht zulässig (ad § 6 Bem. 8 S. 72 f.). Dagegen wohl die Vormerkung der Abveräusserung von Grundstücksparzellen (ad § 6 Bem. 9 S. 73).

[2]) So Erk. des OLG. Dresden vom 23. April 1901 in Entsch. Bd. II S. 104 ff.

[3]) Eine Parallele bietet § 1026.

[4]) Wird die abveräusserte Parzelle abgeschrieben, so sind alle auf dem Grundstück lastenden Rechte mitzuübertragen, mögen sie auch gegenüber der Vormerkung unwirksam sein (GBO. § 47 II). Würden die letzteren nicht mitübertragen, so wäre das eine Berichtigung des Grundbuchs, die von Amtswegen erfolgt. Das ist aber nicht zulässig. Aus dem Eintrag soll ersichtlich sein, ob die Rechte der Vormerkung vor- oder nachgehen.

ideellen Bruchteilen nur bestellt werden, wenn diese im Miteigentum stehen, während Eigentum und Niessbrauch an ideellen Bruchteilen auch begründet werden können, wenn jene Voraussetzung nicht zutrifft. Soweit die Übertragung, Inhaltsänderung oder Aufhebung dinglicher Rechte vorgemerkt ist, können sich keine Schwierigkeiten ergeben. Wenn aber die Bestellung dinglicher Rechte und die Übertragung des Eigentums vorgemerkt werden soll, erheben sich Zweifel. Nicht richtig wäre es, wenn man alle Vormerkungen, gleichviel welchen Inhalt sie haben, nach Analogie des Vorkaufsrechts, der Reallast und der Hypothek behandeln würde. Denn das Gesetz nimmt als Regel an, dass an ideellen Bruchteilen Sondereigentum und Sonderrechte begründet werden dürfen; von diesem allgemeinen Grundsatz nimmt es Vorkaufsrechte, Reallasten und Hypotheken durch spezielle Vorschriften (§§ 1095, 1106, 1114) aus. Da für die Vormerkung eine derartige lex specialis fehlt, wendet man auf sie die allgemeine Regel an. Es steht daher auch nichts im Wege, Vorkaufsrechte, Reallasten und Hypotheken an ideellen Bruchteilen vormerken zu lassen, die nicht im Miteigentum stehen, wennschon solche Vormerkungen nicht eher verwirklicht werden können, als bis der betreffende Bruchteil ins Miteigentum tritt.

13. Weil die Vormerkung nicht das gesicherte Recht unter einer Bedingung darstellt, gelten für ihre Abtretung auch nicht die Vorschriften, unter denen das gesicherte Recht selbst steht.

a) Vorgemerkte Ansprüche werden nach allgemeinen Grundsätzen abgetreten, § 398 ff. Mit dem abgetretenen Anspruch geht ohne weiteres auch die Vormerkung über (§ 401) und zwar auch wenn sie auf Grundstücken lastet.[1]) Weil alle Vormerkungen, gleichviel auf welche Weise sie eingetragen werden, einen Anspruch voraussetzen, können sie auch ohne Unterschied abgetreten und belastet werden. Das gilt

[1]) So Planck ad § 883 Bem. 4 S. 97, ad § 401 Bem. 1 S. 185. Turnau-Förster ad § 883 Bem. II 6 S. 159, ad § 885 Bem. II 7 S. 170.

auch von den Vormerkungen, die von Amtswegen oder gemäss § 895 CPO. eingetragen worden sind. Wie die Abtretung der Vormerkung, so vollzieht sich auch deren Belastung, §§ 1069 I, 1274 I.

b) Da die Vormerkung ein accessorisches Sicherungsrecht ist, kann das dingliche Recht nicht für sich ohne die Forderung abgetreten werden. Eine andere Frage ist, ob der Anspruch ohne das dingliche Recht abgetreten werden kann. Setzen wir den Fall, dass bei Übertragung des Anspruchs verabredet wird, die Vormerkung solle nicht mitübergehen. Eine positive Norm, welche diesen Fall regeln würde, gibt das BGB. nicht. Man muss daher zur Analogie greifen. Die Analogien, die in Frage kommen könnten, führen aber zu entgegengesetzten Resultaten. Zur Aufhebung eines Pfandrechts genügt die einfache Erklärung des Gläubigers, dass er sein Recht aufgebe (§ 1255 I). Aus dieser Vorschrift zieht § 1250 II die Konsequenz, indem er bestimmt, dass das Pfandrecht erlischt, wenn bei Übertragung der Forderung der Übertragung des Pfandrechts ausgeschlossen wird. Zur Aufhebung einer Hypothek ist dagegen ausser der Erklärung noch Eintragung erforderlich (§ 875). Daher bestimmt § 1153 II, dass eine Forderung, für welche eine Hypothek bestellt ist, nicht ohne diese abgetreten werden kann. In der Verabredung, dass die Hypothek nicht mitübergehen soll, kann eine Aufhebung oder ein Verzicht nicht gefunden werden. Ein solcher Abtretungsvertrag ist nichtig. Nun wäre es nicht richtig, wenn man alle Vormerkungen ohne Unterschied entweder nach Analogie des ersten oder des zweiten Falls behandeln wollte.[1]) Es ist vielmehr zu unterscheiden. Soweit zur Aufhebung der Vormerkung die einfache Erklärung der Aufgabe genügt, erlischt die Vormerkung. Die blosse Erklärung genügt aber nur, wenn die Vor-

[1]) Die Protokolle III S. 751. Fuchs ad § 883 Bem. 18 S. 121. Turnau-Förster ad § 885 Bem. II 7 S. 170 f. Planck ad § 401 Bem. 1 S. 185. Biermann S. 143 nehmen an, dass die Vormerkung erlischt, wenn ihr Uebergang ausgeschlossen wird.

merkung an Grundstücksrechten besteht. Soweit dagegen zur Aufhebung noch ein Buchungsakt erforderlich ist, macht die Verabredung, dass die Vormerkung nicht mitübergehen solle, den Abtretungsvertrag nichtig. Das ist aber der Fall bei allen Vormerkungen, die an Grundstücken bestehen.

c) Die Abtretung und Belastung des vorgemerkten Anspruchs kann im Wege der Berichtigung eingetragen werden. An sich wäre Bewilligung der Eintragung erforderlich (GBO. § 19). Aber GBO. § 26 findet analoge Anwendung. Dem Wortlaut nach trifft zwar weder der erste noch der zweite Absatz zu. Aber der Grundgedanke des Paragraphen ist: wenn durch eine Abtretung oder Belastung des Rechts, die sich ausserhalb des Grundbuchs vollzogen hat, letzteres unrichtig geworden ist, so soll die Berichtigung des Grundbuchs erleichtert werden, indem nicht eine formelle Bewilligung verlangt wird, sondern eine grundbuchmässige Abtretungserklärung für genügend erklärt wird. Diese Erwägung trifft auch für die Abtretung und Belastung der Vormerkung zu; daher ist gegen analoge Anwendung des § 26 GBO. nichts einzuwenden. Wird bei einer Erbauseinandersetzung eine Vormerkung, die zu einem Nachlass gehört, einem Miterben überwiesen, so kann sich dieser auf Grund einer grundbuchmässigen Abtretungserklärung als Gläubiger eintragen lassen. Es genügt aber in analoger Anwendung des § 37 GBO., wenn zum Nachweis der Erbfolge und der Abtretung ein Zeugnis des Nachlassgerichts vorgelegt wird. Und zwar ist die Analogie nicht auf Hypothekvormerkungen zu beschränken. Dasselbe gilt, wenn die Vormerkung zu dem Gesamtgut einer ehelichen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört, die auseinandergesetzt wird, GBO. § 38.

Die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Cessionars ist auch zulässig, wenn eine Vormerkung, die in Gemässheit der §§ 18 und 76 GBO., sowie des § 895 CPO. eingetragen ist, abgetreten oder belastet wird.